

民间金融的规制佯谬及其化解

文/王兰

我国民间金融的治理，笼罩在国家中心治理观的滥觞中，而难以摆脱“行政过程式”的治理困境。一方面，尽管金融监管立法受制于法条文义上“有效/无效的僵化二分”，难以为具体执法提供更具兼容性的识别方案；另一方面，以施行审慎性规制为原则的民间金融执法，也未能从微观操作上催生出更具实用性的解决方案，反而加剧了民间金融立法与执法二维治理的失灵。这在一定意义上也印证了公共行政研究所抨击的国家内部结构性危机，并隐含了金融监管机关在制度、管理和技术上的组织运作问题：由于仿效正规金融的管制模式，并套用名额限制的牌照审批技术，在设置高企的准入门槛与运营成本的同时，也将大量的民间金融排除在监管绩效评价体系之外。这种刚性的管制模式与以灵活方式和松散组织为特征的民间金融互为龃龉，极大地弱化了“国家—控制”范式的实效。

然而，国家中心治理的失灵并不意味着民间金融的偃旗息鼓。在民间巨大融资需求的刺激下，其内生的熟人、地缘、业缘等关系及声誉执行机制，在社会关系场域内积极有效地填补了硬法规制的真空，从而完成“无需监管”的软法型社会资本规制。当然，民间金融单一的软法规制亦存在先天性的结构缺陷，其内生的规范治理难以提供科学的风险内控机制。故此，当民间金融遭遇“国家—控制”范式下的法律评价时，依然会因法外运作而难免于自治型法的苦恼，却无法通过内生的秩序而自动获得合法性。

民间金融治理在国家中心治理观与内生规范治理观的自发迁移，及其所关联的硬法/软法规制实效的得失，凸显了外部单一规制模式的不完整性。这提示了本文所要着力出发点，即从民间金融内部发生要素予以探研，以补全上述外部规制“他者视角”所产生的治理缺憾。此外，考虑到混合规制可能产生的硬法与软法“权力互赖”，本文也将对由此可能衍生出的合作规制进行展望式构建。

阿喀琉斯佯谬：民间金融硬法规制之殇

民间金融硬法规制存在阿喀琉斯式的佯谬：当面对硬法规制时，民间金融通常会寻求地下化以逃逸出规制射程，而这种“规制对象消失”将进一步强化硬法规制，诱

使民间金融再次地下化，并最终成为无法逾越的规制峡口。事实上，这种佯谬忽视了规制本身对被规制对象的间接增生作用，即忽视了硬法规制对民间金融产生的诱致作用。这也暗合了经济学家从金融供给侧给出的解释，即金融抑制政策使得正规金融屏蔽风险的能力和激励受到很大程度的限制，从而逆向促使民间金融广泛而长久的存续。因此，与其诉诸动辄难以被施行的法律功能主义上的规制分析，毋宁诉诸更贴近民间金融发生学意义上的规制研究，才能准确识别隐藏在民间金融规制佯谬中的深层逻辑。

第一，从内生性的角度看，民间金融市场利率更多是信贷配置的结果而非由供求关系下的信号决定，并导致了信息不对称的风险：具有信息优势的借款人通常隐瞒不利信息，而信息劣势的放贷人则会普遍选择抬高违约风险预期。此时，利差溢价与违约风险将实现正规金融与民间金融的动态非合作均衡，只不过这种均衡可能在金融需求旺盛时被供求关系推高利差，并产生更大的违约风险。第二，从外部利率管制的角度看，利率管制的后果是大量中小私企融资需求无法从正规金融部门获得满足，而只能被迫转向民间金融市场。供给与需求间利差的寻租激励，在很大程度上稀释了信贷政策所要落实的社会福利，反而促使立法对“越轨”的民间金融施以更严厉的管制。这也进一步加剧了民间金融供给的风险，致使规制佯谬无法消解。

学术界尝试就此提出解决思路。一是选择性法制化观点，认为通过选择性适用能有效解决规制难题，并提出规制对象应限缩为“对社会具有较大影响的具有全国性组织形式的民间金融”。这种“消极自由”价值取向下的法制化规制模式能有效观照民间金融行为与国家金融秩序，但其判断规制对象的标准，不仅难以涵盖那些仅在某些区域或由特定人员组成，但因投机行为而对社会造成较大影响的民间金融组织，也使得大量浪迹于各类融资平台的个体职业放贷人成为“漏网之鱼”。二是赋权性正规化观点，强调应给予民间金融相应的市场准入资格和法律地位，并通过登记备案、分类监管、专门立法等方式，引导民间金融组织最终向正规金融市场融合。然而，法的不完备性意味着，正规化的赋权规范也会产生剩余立法权，并往往交

由金融监管者实施。如此一来,同时拥有立法权与执法权的监管者很容易成为“监管俘获对象”,而最终导致民间金融的正规化成为服务于少数利益集团的工具。

马歇尔冲突:民间金融软法规制及其内生悖谬

(一) 替代性治理:民间金融的软法规制

事实上,脱离硬法规制的民间金融,依托社会资本及其伴生的软法规制体系,已构筑了声誉传递和履约威胁下的规范化秩序,并就此获得低交易成本的替代性治理。民间金融的软法规制通常分为三大类:一是纯粹软法规制,如民间商会借助交易惯例来保障自身的有序运行;二是“准”软法规制,如中国P2P行业委员会发布《P2P行业自律公约》以实现行业内的自我管理;三是硬法中的软法规制,如十部委联合出台《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》以提倡性手段实现治理。各层次软法规制发挥效能的原因主要在于,其与民间金融赖以存续的熟人化人际关系网络之间存在重合性,并就此产生了两种有效的治理机制——关系资源和声誉传播:前者主要是通过地缘、血缘、民俗等形成的关系资源,并表现为习俗、惯例、社区规则等,形成自觉履约习惯;后者则依靠个人声誉信息的流转而减少交易成本,以敦促承诺的兑现。这些软法的合约执行,交汇到个人权威、声誉控制、信用管理等社会资本领域,进一步充实了民间金融的区域治理资源。然而,一旦民间金融向陌生人扩张,声誉约束机制将因缺失区域外部的生人资信系统和执行力而难以自持,造成了民间金融软法规制的马歇尔冲突。

(二) 民间金融的马歇尔冲突原理

按照马歇尔冲突原理,民间金融之所以能与正规金融并存乃至竞争,需形成内外部规模优势。就内部规模经济而言,民间金融的参与者之间通常具有高度的信息对称性,并随着参与者规模越大,越可能带来更具效益的资金融通安排。外部规模经济则系定域化带来的规模优势:其一,民间金融通常发生在产业集群中,不仅能有效改善中小企业的融资资信水平,也能通过企业之间的博弈和联动实现信用的增强;其二,定域化还会促进专门化的民间金融运作,并能吸纳更大规模的民间资金集聚。

然而,民间金融内外规模的扩大将导致其信息与成本优势的消失,并最终造成规模扩大而边际收益递减的马歇尔冲突。一方面,随着私人资本的不断壮大,民间金融转向了投资性需求驱动,其违约的道德风险和执行风险也随之增高。另一方面,民间金融参与者的社会资本约束力,将会因陌生成员间的人际交往半径延长而弱化,且存在投资理性主观有限与资本总量客观有限的风险。

(三) 民间金融的软法规制风险

在马歇尔冲突下,当既有的民间金融组织突破其赖以实现有效自治的封闭性时,就会产生脱离软法治理疆域的风险,并在逐利性脱域、分层性脱域和迭代性脱域等情景下形成风险积聚。

其一,逐利性脱域风险主要源自社会资本的强烈逐利冲动。为获取高额利息,民间金融放贷者通常会扩张其融资对象范围。很多新融资者仅依靠介绍等弱关系镶嵌到稳定的关系网络中,将不可避免带来成员间的机会主义,削弱民间金融合约执行的可信度。

其二,分层性脱域风险源于信贷配置造成的借款人分层。由于资信较弱的借款人往往被正规金融所排挤,当民间金融承接的主要是这类客户时,其违约的风险及风险贴现会更高。尽管民间金融采用更高的利率以摊销风险,但因其软法规制主要依托人格化的担保机制,仍可能遭遇执行不能等客观风险。

其三,迭代性脱域风险源自最终资金的使用人通常并非直接的借贷者,故极易引发还款链式风险。原本在有效声誉机制下发挥功效的软法规制,也将无力追及越出关系网的下线人员,加之外部执行成本高、诉讼执行难等现实问题,其效果也难尽如人意。

可以说,逐利、分层、迭代导致的脱域风险,必然会破坏这种风险内控机制的有效性,并构成了软法规制悖谬的内核,即在有效控制熟人风险的同时,也会因关系团体半径的扩张而导致成员之间信任的稀释,并陷入“信任度走低和团体数走高之间的矛盾”。

混合规制:民间金融软硬法规制悖谬的化解方案

(一) 硬法规制的“软化”

利率管制下的正规金融通常施行条件高企的物格化放贷条件(如抵押),由此造成的信贷配置将通过资本供求定理,源源不断地创造出仅需人格化放贷条件的民间金融需求,而该需求又被金融管制下的市场准入进一步放大,使得民间金融就有了更大的动力趋向地下化。循此发生学节点,解决硬法规制悖谬就有了两大着力点——利率管制与市场准入。

就利率管制而言,成本与利得的压力是民间金融脱离硬法规制的主要肇因,而破解的方式就在于采用差别化利率安排,以匹配因不同资本获取价格形成的市场化利率水平。可喜的是,最高院最近颁布的司法解释中就采用了利率分层上限的设定方法。为此,立法可进一步前瞻性地规定金融部门定期发布民间金融基准利率的义务,以达到利率信号规律性传递的指导性制度安排。上揭司法部门的相关解释,也可对应调整为以同期基准利率倍数为标准的合法性评价,来缓和采用固定利率上限标准造成的裁判

被动。

就市场准入而言,民间金融硬法规制安排应落脚于带有激励性的赋权指引,以“软化”硬法执行。这可以从供给侧与需求侧改革的层面展开。其一,就供给侧而言,因非正规经济在正规化过程中难免要面临准入、运营等成本负担,这很可能会使相关从业者裹足不前。为此,应提供不同比例要求的合规业务结构和信息披露程度差异化的监管模式,避免不加区分地机械适用正规化监管标准。其二,需求侧的规制改进,应致力于实现“有效需求”改革,通过提供高效的合约执行机制来减少交易成本。概言之,前者在于建立面向全社会免费开放的征信体系,提供民间金融登记备案和交易信息公示平台,后者则提供包括衔接登记系统的借贷诉讼证据快捷认定,以及强制执行令、担保债权特别诉讼和简易执行程序等配套机制。

(二) 软法规制的“硬化”

由于软法规制不足所造成的逐利、分层和迭代三种风险,均可归结于陌生人加入引发的社会资本射程扩大与信任减弱的症结。其中,逐利引发的风险,因深嵌于地方经济而逐渐为地方政府所重视,如一些金融综改区的地方政府所出台的针对民间金融的指导性文件,充分发挥了地方政府的局部知识优势。这种以降低风险和准入成本为出发点的软法规范,更有助于保障出资人的权益,一定程度上遏制了逐利引发的脱域风险。

要化解分层性脱域的风险,则需借助市场力量,在商业交往中为软法规制增程。类似的如淘宝网就能借助信用评价体系,为其软法规制提供声誉机制下的有效治理手段。此外,行会或同业公会等自组织也有助于打通借款人的分层,实现资信管理和有效规制。如P2P行业就借助其自律公约,在同业范畴内建立了联合维权体系,并规定了同业曝光投诉,在同业平台上给被执行对象施加巨大的声誉压力。

此外,增程还发生在软法的内部,要求打开有限的熟人网络封闭性,拓展到信任半径更大和惩治能力更强的外部网络,以解决迭代性脱域风险。当然,也可借助外部资源,从官方提供的授能环境中获得强化。以《关于小额贷款公司试点的指导意见》为例,其内容包括了三种授能:其一,资本授能解决逐利风险,规定小贷公司的融资比例,并允许其自主确定融资利率、期限等;其二,政府兜底解决规制风险,即运用政府公信力为小贷公司风险兜底;其三,征信导入解决规制增程,将小贷公司纳入征信系统,以强化对借款人制度化信用的管理。

(三) 混合型规制:一种不彻底的规制进阶

看似理想的混合规制方案,若就此直接套用于民间金融却可能“收获的是跳蚤”。即使将软法规制中合约执行的部分内容纳入公力救济范畴,逾越监管红线的民间金融

行为,也不会因救济手段“由软变硬”而自动禁绝,反而寻求法外变通。硬法规制的“软化”也遭遇类似困境,使得硬法规制的成效呈现“公地悲剧”的处境。鉴于此,为防止改革耽于软硬法单一规制机能比对,上述混合型规制既应纳入国家法律的干预,以纠正私人治理下的市场失灵问题,也应重视非公共机构业已形成的软法安排,呼吁在交易成本维度上真正观照民间金融规制痛点,以及公共权力私人化过程中的制约与激励相容,以尽量弥合不断疏远的监管公共利益与私人营商利益的关系。

未竟的结语:走向合作规制

现代治理趋势表明,“命令+控制”模式下国家市场治理角色正日益被边缘化,并逐步扩大为一场“无需国家治理”的理论运动。对此,新治理(New Governance)理论提出国家与社会间的双向互动,通过吸纳以自我规制为导向的私人治理,形成多方参与的更灵活的控制模式。这一模式隐含了多元主体与双向互动两大要素。就前者而言,支撑起私人治理的行业协会等自组织,完全吻合为民间金融软法规制提供社会组织力量的要求。然而,就后者而言,这种双向互动要求落实“层级阴影”下的共同规制,明显逾越了民间金融软硬法实施的“激励相容”目标。

基于此,晚近的实证研究找到了一种被称为“非层级协同”的功能性等价物,提供既竞争又协商的政府社会网络协同的公共产品,即不再局限于混合模式中主要由软法行动者去搜索并发现硬法资源的单向过程,而走向政府与社会网络交互合意下的合作规制模式。申言之,通过彼此的协商以兼顾双方利益(如政府购买社会服务或公共政策联动模式),或者由各方实施以共同利益为导向的非操纵性劝导,如能大量吸纳民间资本的PPP就是政府采取竞争方式选择社会资本,并通过平等协商实现由社会网络提供公共服务的协同融资。

总而言之,民间金融软硬法规制佯谬的化解逻辑的局促,以及在自发层面所发生的混合型规制改进成效的乏力,与其说是在软硬法规制模式上的试错无果,毋宁说是缺乏对硬法规制与软法规制如何形成公私部门合意的重视,以及在这种合意寻求过程中对政府层级结构过度迷信的驱魅。沿此进路,硬法协同软法规制背后的政府与社会之间合意,就是衍生出更多元化协同方案的基础。此时,无论采用单方付费(如政府购买/付费民间金融登记服务),还是国家公共产品优化(如法院提供强有力的合约执行机制),均是国家与社会力量彼此容许乃至共建的合作规制过程。^⑤

(作者系厦门大学副教授;摘自《现代法学》2017年第3期;原题为《民间金融的规制佯谬及其化解——一种软硬法规制路径的选择》)